

서울고등법원 2018. 9. 6 선고 2017나2005967 판결 [근저당권설정등기말소등기]

전 문

원고, 피항소인 겸 항소인

주식회사 A

피고, 피항소인 B

피고, 항소인 겸 피항소인

C

변론 종결 2018. 8. 23.

판결 선고 2018. 9. 6.

제 1 심판결 의정부지방법원 2016. 12. 23. 선고 2015가합3812 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고의 피고 B에 대한 이 사건 소 중 별지 1 기재 토지에 관하여 의정부지방법원의정부등기소 2012. 12. 11. 접수 제115206호로 마친 근저당권설정등기 중 피고C에게 일부 이전된 부분(양도된 채권최고액 360,000,000원)에 대한 말소청구 부분및 원고의 피고 C에 대한 이 사건 소 중 별지 1 기재 토지에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 2015. 6. 29. 접수 제71528호로 마친 양도액 360,000,000원의근저당권일부이전등기에 대한 말소청구 부분을 각 각하한다.

나. 피고 B은 주식회사 D로부터 290,000,000원을 지급받은 다음 별지 1 기재 토지에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 2012. 12. 11. 접수 제115206호로 마친 근저당권설정등기 중 피고

C에게 일부 이전된 부분(양도된 채권최고액 360,000,000원)을 제외한 나머지 부분에 대한
말소등기절차를 이행하라.

다. 피고 C는 원고에게 별지 1, 2 기재 각 토지에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 2012. 1. 13.
접수 제3910호로 마친 근저당권설정등기 및 별지 1 기재 토지에 관하여 같은 등기소 2013. 1. 25.
접수 제6565호로 마친 근저당권설정등기의 각말소등기절차를 이행하라.
라. 원고의 피고 B에 대한 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송 총비용은 각자 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

[청구취지]

원고에게,

1. 피고 B은 별지 1 기재 토지에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 2012. 12. 11.접수
제115206호로 마친 채권최고액 1,200,000,000원으로 된 근저당권설정등기의 말소등기절차를
이행하라(원고는 2018. 8. 20.자 준비서면을 통해 피고 B에 대하여 '피고 B은 별지 1 기재 토지에
관하여 위 근저당권설정등기 중 같은 등기소 2015. 6. 29. 접수제71528호로 확정채권 일부양도를
원인으로 피고 C에게 이전된 양도액 360,000,000원을 제외하고 남은 잔여 근저당권설정등기 중
360,870,000원 부분에 대한 말소등기절차를 이행하라'는 취지의 예비적 청구를 추가하였으나, 위
예비적 청구는 위 주위적 청구와 동일한 목적물에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하면서 단지 위
주위적 청구를 양적 · 질적으로 일부 감축하여 구하는 청구에 불과하므로 소송상 예비적 청구로 볼수
없다).
2. 주문 제1의 다.항 및 피고 C는 별지 1 기재 토지에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 2015. 6.
29. 접수 제71528호로 마친 양도액 360,000,000원의 근저당권일부이 전등기의 말소등기절차를
이행하라.

[항소취지]

원고 : 제1심판결 중 원고 패소 부분을 취소하고, 청구취지 제1, 2항 기재와 같은 판결을 구한다(청구취지 제2항 중 '주문 제1의 다.항' 부분은 제외).

피고 C : 제1심판결 중 피고 C 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 별지 1, ② 기재 각 토지와 관련한 원고의 소외회사에 대한 소유권이전등기청구권1) 주식회사 D(이하 '소외회사'라 한다)는 2012. 1. 13. 별지 1, ② 기재 각 토지(이하별지 1 기재 토지를 '1 토지'라 하고, 별지 2 기재 토지를 '2 토지'라 하며, 통칭할 때는 '1, ② 각 토지'라 한다)에 관하여 소외회사 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

2) 소외회사는 1, ② 각 토지 지상에 펜션 건물을 건축하기 위해 엠제이건설 주식회사에 신축공사를 도급하였고, 원고는 위 공사 중 일부를 하도급 받아 2012. 11. 무렵하도급 받은 철근콘크리트 공사를 완공하였으나 공사대금을 지급받지 못하였다. 이후소외회사의 자금난 등으로 인하여 나머지 공사가 진행되지 않고 있던 중 원고의 실질적 운영자인 R과 소외회사의 실질적 운영자인 E는 2013. 9. 2. 다음과 같은 내용의 주식 및 경영권 양도 · 양수 계약과 공사도급계약을 각 체결하였다(이하 위 각 계약을 통틀어 '이 사건 양수도 및 도급계약'이라 한다).

○ 원고가 소외회사로부터 지급받아야 할 기존의 미지급 공사비는 2,424,870,000원임을 확인한다. 원고는 소외회사로부터 나머지 펜션 신축공사를 3,806,000,000원에 도급받아공사를 진행한다. 위 기존의 공사비 및 나머지 공사비 합계 6,230,870,000원의 지급을 담보하기 위하여 E, S, H, T이 보유한 소외회사의 주식과 그 경영권을 R, U, V에게 양도한다.

○ 소외회사가 공사대금을 완불하지 못할 경우 소외회사는 1, ② 각 토지 및 그 지상의 펜션 건물에

관한 모든 권리를 포기하고 그 권리는 원고에게 귀속된다(대물변제약정) .

3) 원고는 2014. 2.경 위 공사를 완공하고 2014. 3. 25. 1, ② 각 토지 지상의 펜션건물에 대한 사용승인을 받았으나 소외회사로부터 그 공사대금을 지급받지 못하자 소외회사를 상대로 이 사건 양수도 및 도급계약에서 정한 대물변제약정에 따라 위 각 토지 및 펜션 건물에 대한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하여 2015. 6. 26. 승소판결을 선고받았고 위 판결은 그대로 확정되었다(의정부지방법원 2014가합3846호). 이후피고는 위 확정판결에 기해 2015. 9. 25. 위 펜션 건물에 관하여는 위 대물변제를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤으나 1, ② 각 토지에 관하여는 소유권이전등기를 마치지 않았다.

나. 1, ② 각 토지에 관한 피고들 명의의 근저당권설정등기

1) 1, ② 각 토지에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 2012. 1. 13. 접수 제3910호로 채권최고액 130,000,000원, 채무자 소외회사, 근저당권자 피고 C로 된 근저당권설정등기가(이하 '피고 C 명의의 2012. 1. 13.자 근저당권등기'라 한다), 같은 등기소2013. 1. 25. 접수 제6565호로 채권최고액 135,000,000원, 채무자 소외회사, 근저당권자 피고 C로 된 근저당권설정등기가 각 마쳐졌다(이하 '피고 C 명의의 2013. 1. 25.자근저당권등기'라 한다).

2) 또한 ① 토지에 관하여 같은 등기소 2012. 12. 11. 접수 제115206호로 채권최고액 1,200,000,000원, 채무자 소외회사, 근저당권자 피고 B으로 된 근저당권설정등기가 마쳐졌다(이하 '피고 B 명의의 근저당권등기'라 한다), 이후 같은 등기소 2015. 6.29. 접수 제71528호로 확정채권 일부양도를 원인으로 하여 피고 C 앞으로 위 근저당권일부이전의 부기등기가 마쳐졌다(이하 '피고 C 명의의 근저당권일부이전등기'라 한다).

[인정근거] 갑 1 내지 6호증(가지번호 포함), 을나 1호증, 을나 7호증의 1의 각 기재 및변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고

소외회사는 피고 B으로부터 돈을 차용한 사실이 없음에도 불구하고 소외회사의 원고에 대한 공사대금 지급채무를 면탈하기 위하여 소외회사의 운영자인 E와 그의 형수인 피고 B이 통모하여 피고 B 명의의 근저당권등기를 마쳤으므로, 허위의 피담보채권에 기한 위 근저당권등기는 말소되어야 하고 이에 기초한 피고 C 명의의 근저당권일부이전등기도 말소되어야 한다. 피고들 주장과 같이 피고들의 계좌에서 E의 계좌로 송금된 돈이 있다 하더라도 이는 피고들의 E 개인에 대한 대여금 채권이 아닌 소외회사에 대한 대여금 채권이 아니므로, 위 피담보채권이 허위임은 마찬가지이다. 설령 위 피담보채권이 허위가 아니라 하더라도 위 근저당권 설정 이후 위 피담보채권이 전부 변제되었으므로 말소되어야 한다. 만약 위와 같이 피고 B 명의의 위 근저당권등기가 무조건적으로 말소될 수 없다면, 피담보채권의 잔액을 변제하는 조건으로 이에 대한 말소를 구한다.

대여금 채권이 존재하지 않는다는 사정은 피고 C의 경우에도 마찬가지이므로 그명의의 각 근저당권등기는 말소되어야 하고, 그렇지 않다 하더라도 피고 C는 소외회사로부터 60,000,000원을 지급받으면 위 각 근저당권등기를 말소해 주기로 약정하고 실제 위 액수 이상을 추심하였으므로 위 각 근저당권등기는 말소되어야 한다.

나. 피고 B

E의 형 F, F의 처이자 E의 형수인 피고 B, E의 누나인 G은 아래와 같이 총 1,036,000,000원을 소외회사에게 펜션 사업에 필요한 자금 명목으로 대여하고 위 대여자들을 대표하여 편의상 피고 B 명의의 근저당권등기를 마친 것이므로 위 근저당권등기는 적법·유효하다. 피고 B이나 위 대여자들이 위 근저당권 설정 이후 소외회사로부터 변제받은 것은 없다.

1) 240,000,000원

G이 2010. 9. 24. 소외회사의 직원인 H의 계좌로 100,000,000원, 피고 B은 2010.9.경 소외회사의 직원인 I의 계좌로 140,000,000원을 각 송금하였고, 이후 위 돈은 모두 소외회사의 계좌로 송금되었다.

2) 150,000,000원

피고 B은 2011. 8. 26. 서울 동작구 J아파트의 전세금채권을 담보로 제공하여 신도새마을금고로부터

150,000,000원을 대출받았고, 이는 소외회사의 펜션공사에 사용되었다.

3) 300,000,000원

피고 B은 서울 중구 K동 토지를 피고 C에게 담보로 제공하여 2011. 12. 8. 200,000,000원, 2012.

1. 13. 100,000,000원, 합계 300,000,000원을 각 차용하였고, 이는 소외회사의 펜션공사에 사용되었다.

4) 336,000,000원

F, G, 피고 B은 여러 곳에서 돈을 빌려 그 명의 또는 대여자들 명의로 E에게 총 336,000,000원을 송금하였고, E는 위 돈을 펜션공사 및 소외회사의 운영자금으로 사용하였다.

다. 피고 C

피고 C는 그 명의의 2012. 1. 13.자 근저당권등기를 마칠 무렵 E에게 95,000,000원을 송금하고

2012. 2. 9. 이후부터 그 명의의 2013. 1. 25.자 근저당권등기를 마칠 무렵까지 합계

100,000,000원 이상을 송금하는 등 현금 지급액을 제외한 송금액만 266,900,000원을 넘는다.

소외회사는 2013. 8. 20. 액면금 300,000,000원으로 된 약속어음을 발행하여 피고 C에게 교부해 주기도 하였으므로 위 각 근저당권등기는 모두유효하다.

3. 원고의 피고 B에 대한 청구에 관한 판단

가. 피고 B 명의의 근저당권등기 중 피고 C에게 일부 이전된 부분(양도된

채권최고액 360,000,000원)에 대한 말소청구에 관하여

직권으로 이 부분 소의 적법 여부를 살펴본다.

근저당권의 양도에 의한 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상

명시하는 것뿐으로, 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌만큼 근저당권설정등기의

말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고 적격이

없다(대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다21386 판결 등

참조).

위 법리에 비추어 살펴보면, 피고 B 명의의 근저당권등기 중 피고 C에게 일부 이전된 부분(양도된

채권최고액 360,000,000원)에 관하여는 양수인인 피고 C를 상대로 그근저당권등기의 말소를 구하여야 하고 양도인인 피고 B은 위 말소청구의 피고적격이 없다 할 것이므로, 이 부분 소는 부적법하다.

나. 피고 B 명의의 근저당권등기 중 피고 C에게 일부 이전된 부분(양도된 채권최고액360,000,000원)을 제외한 나머지 부분에 대한 말소청구에 관하여

1) 관련 법리

근저당권설정등기가 경료된 경우 그 등기는 적법하게 된 것으로서 진실한 권리상태를 공시하는 것이라고 추정되므로 그 등기가 위법하게 된 것이라고 주장하는 상대방에게 그 추정력을 번복할 만한 반대사실을 입증할 책임이 있다(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011다112216 판결 등 참조). 또한 채무자와 채권자 사이에 대여금 채무를 담보하기 위하여 채무자 겸 근저당권설정자를 채무자로 한 근저당권설정계약이 체결된 이상, 법원은 그 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 내용대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 할 것이므로 위와 같은 정도의 반증이 없는 한 채권자로부터 금원을 차용한 주체는 채무자로 봄이 상당하다(대법원 2005. 8.25. 선고 2004다45158 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012다29670 판결 참조).

2) 판단

가) 위 각 법리에 비추어 이 사건을 살펴보면, 갑 10, 14, 19, 20, 22, 23, 26, 29,30호증(가지번호 포함), 을가 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 23호증(가지번호 포함), 을나 10호증의 1, 2의 각 기재 및 제1심 증인 E의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래의 사실관계와 사정에 의하면, 피고 B 명의의 근저당권등기가 허위의 피담보채권에 근거한 것으로 보기는 어렵고, 위 근저당권 설정 이후 위 피담보채권의 전부 또는 일부가 변제되었다고 볼 증거도 없으므로, 이를 전제로 위 근저당권등기에 대한 무조건적인 말소를 구하는 원고의 주장은 받아들일 수 없다

(1) E, 소외회사, 피고 B 사이의 자금거래 내역은 다음과 같다.

① E는 2007. 7. 12. 소외회사의 대표이사로 등재되고 2010. 3. 8. 소외회사의 사내이사로 등재되어 소외회사를 실질적으로 운영하던 중 2010. 8.경 부동산개발업을 영위하기 위해 소외회사의 자본금을 500,000,000원으로 증액하였다. 그 과정에서 2010. 9. 17. 피고 B의 계좌에서 소외회사의

감사였던 I의 계좌로 140,000,000원, 같은 날 I의 계좌에서 소외회사의 계좌로 140,000,000원이 각 입금·송금되었고, 2010. 9. 24. G의 계좌에서 소외회사의 이사였던 H의 계좌로 100,000,000원, 같은 날 H의 계좌에서 소외회사의 계좌로 100,000,000원이 각 입금·송금되었다.

② 피고 B은 2011. 8. 26. 146,500,000원을 새마을금고 계좌로 대출받았고, 그이후 2011. 8. 29.부터 2011. 9. 26.까지의 기간 동안 피고 B의 위 계좌에서 E의 국민은행 계좌로 합계 62,900,000원이 각 입금·송금되었다.

③ 피고 B은 2012. 1. 13. 피고 C에게 서울 중구 O 및 P 각 토지에 관하여 채권최고액 130,000,000원으로 된 근저당권을 설정해 주고, 피고 C는 2011. 12. 8. 피고B의 계좌로 196,000,000원을 송금하였는데, 2011. 12. 8.부터 2011. 12. 29.까지의 기간동안 피고 B의 계좌에서 E의 계좌로 합계 189,000,000원이 입금·송금되었다.

④ E의 국민은행 및 농협 계좌로 2011. 12. 29. G의 계좌에서 40,000,000원, 2012. 1. 13. L의 계좌에서 50,000,000원, 2012. 4. 3. G의 계좌에서 20,000,000원, 2012. 4. 3. 피고 B의 계좌에서 30,000,000원, 2012. 6. 22. M의 계좌에서 10,000,000원, 2012. 7. 17. M의 계좌에서 30,000,000원, 2012. 7. 23. N의 계좌에서 20,000,000원, 2012. 7. 24. M의 계좌에서 30,000,000원, 2012. 10. 29. L의 계좌에서 50,000,000원, 2012. 10. 30. B의 계좌에서 56,000,000원이 각 입금 또는 송금되었다.

⑤ 2011. 8. 29.부터 2012. 10. 31.까지의 기간 동안 E의 국민은행 및 농협 계좌에서 소외회사의 하나은행 및 농협 계좌로 입금 또는 송금된 금액은 약 700,000,000원에 이른다.

(2) E는 2010~2011년경부터 1, ② 각 토지를 소외회사 명의로 매입하여 그 지상에 지하 1층, 지상 3층의 펜션 6개동을 신축하여 분양하기로 하는 펜션 사업을 시작하였으나 곧 자금난에 시달렸고, 이에 따라 그 신축공사 역시 장기간 중단된 상태에 있었는데, 그 과정에서 위 각 토지를 담보로 수십억 원을 대출받거나 차용하였다(2011. 7.22.부터 2013. 1. 25.까지의 기간 동안 설정된 근저당권만 9건에 이르고 그 채권최고액합계액도 40억 원 이상에 이른다. 소외회사의 채권자들이 원고를 상대로 제기한 의정부지방법원 2015가합52036호 사해행위취소 소송에서 위 각 근저당권의 피담보채권

합계액이 위 각 토지의 시가를 초과하여 위 각 토지에 대한 원고와 소외회사 사이의 대물변제약정이 사해행위에 해당하지 않는다는 이유로 기각판결이 선고되기도 하였다). 이와 같이 E 또는 소외회사가 당시 위 펜션 사업 진행을 위해 상당한 자금을 필요로 했을 것임은 능히 짐작할 수 있다.

(3) 앞서 자금거래 내역에서 본 바와 같이, 피고 B 및 G, F의 각 계좌에서 소외회사의 계좌로 곧바로 입금·송금된 내역은 확인되지 아니한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 피고 B 및 G의 계좌에서 E의 계좌로 입금된 돈 중 상당 부분이 소외회사의 계좌로 송금되었고, 소외회사의 계좌로 송금되지 아니한 돈 역시 E가 자신의 펜션 사업을 위해 사용했을 것으로 추단되며 달리 E가 개인적인 용도로 사용하였음을 짐작케 하는 사정도 발견할 수 없다. 위와 같이 E가 피고 B 및 G 등으로부터 사업자금을 빌리고 소외회사 소유의 1, ② 각 토지에 근저당권을 설정해 준 행위는 모두 그 대표권 범위내에서 소외회사의 운영 및 펜션 사업의 진행을 위한 소외회사의 행위로서 유효하다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 원고는 위 (1)항의 ① 자금거래와 관련하여, H과 I 이 소외회사의 주식을 인수하기 위한 주식대금으로 위 각 돈을 사용하였으므로 이 부분은 피고 B의 소외회사에 대한 대여금 채권이 될 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 위 주장에 따르면 피고 B이 H과 I 에게 주식인수대금을 대여하였다는 것이나, 피고 B은 H 및 I과는 아무런 관계가 없고 단지 E의 요청으로 이들의 각 계좌로 송금한 사정에 비추어 볼때 위 돈은 피고 B이 E에게 대여한 것으로 봄이 상당하므로, 위 주장은 이유 없다. 나아가 E는 위 돈을 부동산개발업 등록 등을 위해 사용한 이상 위 대여금 채무를 담보하기 위하여 1, ② 각 토지에 근저당권을 설정한 것은 유효하다.

다시 원고는 위 (1)항의 ④ 자금거래와 관련하여, L, M, N 명의로 E 계좌에 입금·송금된 것을 두고 피고 B이 E 또는 소외회사에게 대여한 것으로 볼 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 위 각 입금·송금명의인들 중 아무도 E 또는 소외회사를 상대로 대여금 채권을 주장하고 있지는 아니한데다가 피고 B이 위 명의인들로부터 해당 금액을 차용하여 이를 다시 E에게 대여하되 다만 위 명의인들이 E에게 직접 입금·송금한 것으로 볼 여지도 충분하므로, 입금·송금명의인이 피고 B이 아니라는 사정만으로는 피고 B과 E 또는 소외회사 사이의 소비대차 관계를 부정할 수는 없다. 따라서 위 주장도 이유 없다.

(4) R이 E와 사이에 이 사건 양수도 및 도급계약을 체결하면서 작성된 계약서에 는 2013. 9. 2. 당시

소외회사의 부채 합계액이 3,563,816,610원이라고 기재된 부채목록이 첨부되어 있는데, 위 부채목록에 의하면 소외회사의 피고 B에 대한 채무는 650,000,000원임이 확인된다.

(5) 한편 소외회사가 이 사건 양수도 및 도급계약을 체결한 2013. 9. 2. 이후 피고B에 대한 대여금 채무의 전부 또는 일부를 변제한 사실을 인정할 증거는 없다.

나) 원고는, 소외회사가 피고 B에 대하여 대여금 채무를 일부 부담하고 있음이 확인될 경우 그 채무를 소외회사가 변제하는 조건으로 피고 B 명의의 근저당권등기에 대한 말소를 구하고 있다. 이는 선이행판결을 구하는 취지로 이해된다.

살피건대, 앞서 본 증거에 갑 20호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고 B은 이 사건 양수도 및 도급계약 체결일인 2013. 9. 2. '채무자가 말소를 요구할 경우 650,000,000원을 수령하고 피고 B 명의의 근저당권등기를 해지해 줄 것을 확인한 다'는 내용의 확인각서를 작성하여 소외회사 및 원고에게 교부한 사실을 인정할 수 있고, 이후 피고 B은 위 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권 650,000,000원 중 360,000,000원을 2015. 6. 29. 피고 C에게 양도하고 확정채권 일부양도를 원인으로 하여 피고 C 앞으로 위 근저당권의 일부를 이전하였음은 앞서 본 바와 같다.

위 각 인정사실에 의하면, 2013. 9. 2. 기준 피고 B 명의의 근저당권등기에 의하여 담보되는 피담보채권은 650,000,000원으로 특정되었다가 2015. 6. 29. 기준 위 근저당권은 피담보채권은 저당권등기에 의하여 290,000,000원(650,000,000원-360,000,000원)으로 감액되었다고 봄이 타당하다(2013. 9. 2. 또는 2015. 6. 29. 각 기준으로 피고 B의 소외회사에 대한 대여금 채권의 액수가 위 각 금액을 초과한다 하더라도, 그 각 초과 부분은 위 근저당권에 의하여 담보되지 아니하는 일반채권으로 남게된다).

한편 피고 B은, 현재 그 명의의 근저당권등기에 의하여 담보되는 피담보채권의 액수가 채권최고액 860,000,000원(총전의 1,200,000,000원에서 피고 C에게 양도된 360,000,000원을 공제한 액수)을 초과한다는 취지로 주장하고 있어 향후 소외회사 또는 원고가 위 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권 중 피고 C에게 양도하고 남은 290,000,000원을 변제한다 하더라도 그 액수를 다투며 말소등기절차에 협력하지 않을 사정이 있으므로, 원고로서는 장래 이행의 소로서 위 근저당권등기에 대한 말소를 미리 청구할 필요가 있다.

따라서 피고 B은 소외회사를 대위한 원고에게 소외회사로부터 290,000,000원을 지급받은 다음 피고 B 명의의 근저당권등기 중 피고 C에게 일부 이전된 부분(양도된 채권최고액 360,000,000원)을 제외한 나머지 부분에 대한 말소등기절차를 이행할의무가 있다.

4. 원고의 피고 C에 대한 청구에 관한 판단

가. 피고 C 명의의 근저당권일부이전등기 말소청구에 관하여

직권으로 이 부분 소의 적법 여부를 살펴본다.

근저당권의 양도에 의한 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것으로, 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 근저당권설정등기가 당초 원인무효인 경우 주등기인 근저당권설정등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소되는 것이므로 부기등기에 대한 말소를 따로 인정할실익이 없다(대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다21386 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 살펴보면, 원고는 피고 B 명의의 근저당권등기 중 일부 근저당권을 이전받은 피고 C와 피고 B을 상대로 주등기인 위 근저당권등기에 대한 말소를 구할 수 있을 뿐, 이와 별도로 위 근저당권등기에 기초한 피고 C 명의의 근저당권일부이전등기에 대하여는 말소를 구할 소의 이익이 없으므로, 이 부분 소는 부적법하다.

나. 피고 C 명의의 각 근저당권등기 말소청구에 관하여

갑 7호증의 1, 2, 갑 8호증의 1, 2, 을가 15호증의 1, 을나 3, 17, 18, 19호증(가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 C는 E의 계좌로 2012.1. 13. 95,000,000원, 2012. 1. 30.부터 2013. 1. 15.까지 총 135,450,000원을 각 송금하고 그 명의의 2012. 1. 13.자 및 2013. 1. 25.자 각 근저당권설정등기를 마친 사실, 피고 C는 위 각 근저당권에 기한 피담보채권을 보다 확실히 확인하는 의미에서 E에게 약속어음을 발행해 달라고 요구하였고, 이에 소외회사를 대표한 E는 2013. 8. 20. 피고 C에게 액면금 300,000,000원, 지급기일 일람출급으로 된 약속어음 1매를

발행하고 2013. 9. 3. 강제집행을 인낙한다는 내용의 약속어음 공정증서를 작성하여 교부한 사실, 피고 C는 위 공정증서에 기하여, 73,300,000원을 청구금액으로 하여 2014. 8. 25. 의정부지방법원 2014타채8265호로 채무자 소외회사의 제3채무자 대한민국에 대한 부가세 환급금 반환채권에 관하여, 226,700,000원을 청구금액으로 하여 2014. 9. 18. 같은 법원 2014타채18200호로 채무자 소외회사의 제3채무자 주식회사 그레이스밸리에 대한 차임채권에 관하여 각 채권압류 및 추심명령을 받았고, 이후 위 2014타채8265호채권압류 및 추심명령에 기해 73,300,000원을 추심한 사실, 한편 피고 C는 이 사건 양수도 및 도급계약 체결일인 2013. 9. 2. '채무자가 말소를 요구할 경우 10,000,000원을 지급받고 피고 C 명의의 2012. 1. 13.자 근저당권설정등기를 해지하고, 50,000,000원을 수령하고 피고 C 명의의 2013. 1. 25.자 근저당권설정등기를 해지한다'는 내용의 각 확인각서를 작성하여 소외회사 및 원고에게 교부한 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실을 종합해 보면, 피고 C는 위 각 확인각서를 통해 60,000,000원을 변제받을 경우 그 명의의 각 근저당권등기를 말소하기로 약정한 후 실제 2014타채8265호채권압류 및 추심명령에 기해 위 금액 이상을 수령하였으므로, 위 각 확인각서에서 약정한 바에 따라 소외회사를 대위한 원고에게 그 명의의 2012. 1. 13.자 및 2013. 1. 25.자 각 근저당권등기를 말소할 의무가 있다. 이에 대하여 피고 C는, 위 추심절차에서 73,300,000원을 수령하였으나 이는 피고 C 명의의 각 근저당권등기에 기한 피담보채권의 일부로서가 아니라 위 약속어음 공정증서에 기한 300,000,000원의 약속어음 채권의 일부로서 변제받은 것에 불과하다는 취지로 주장하나, 앞서 본 인정사실에 의하면, 피고 C 명의의 위 각 근저당권등기에 기한 각 피담보채권과 위 약속어음 공정증서에 기한 300,000,000원의 약속어음 채권은 서로 동일한 채권임을 알 수 있으므로, 위 각 채권이 별개의 채권임을 전제로 한 피고 C의 위 주장은 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 피고 B에 대한 이 사건 소 중 피고 B 명의의 근저당권등기 중 피고 C에게 일부 이전된 부분(양도된 채권최고액 360,000,000원)에 대한 말소청구 부분 및 원고의 피고 C에 대한 이 사건 소 중 피고 C 명의의 근저당권일부이전등기에 대한 말소청구 부분은 각 부적법하여 각하하고, 원고의 피고 B에 대한 청구 중 위 각하 부분을 제외한 청구는 위 인정범위 내에 이유 있어 이를

인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하며, 원고의 피고 C에 대한 청구 중 위 각하 부분을 제외한 나머지 청구는 이유 있어 이를 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김재호, 판사 홍지영, 판사 조은래

<별지 1>

1. 경기도 양주시
전 468㎡

2. 경기도 양주시
전 810㎡

3. 경기도 양주시
전 87㎡

4. 경기도 양주시
전 841㎡



5. 경기도 양주시
전 26㎡

6. 경기도 양주시
전 870㎡

7. 경기도 양주시
전 162㎡

8. 경기도 양주시
전 234㎡

9. 경기도 양주시
전 1,465㎡

10. 경기도 양주시
전 1,086㎡

<별지 2>

1. 경기도 양주시
대 626㎡

2. 경기도 양주시
대 216㎡

3. 경기도 양주시
대 44㎡

4. 경기도 양주시
대 674㎡

5. 경기도 양주시
대 442㎡

6. 경기도 양주시
대 1㎡